

تعليق على حكم (الاستثمار المقلوب)

أ.د. درع حماد

كلية القانون والعلوم السياسية/ الجامعة العراقية

يعد الاستثمار احد الوسائل السريعة والعاجلة لتوفير متطلبات الناس من السلع والخدمات ، عندما تعجز الدولة أو لا ترغب بالدخول في هذه المجالات، اما لأنها تفتقد القدرات المالية الكافية لتوظيفها في هذه المجالات أو لا تملك الادوات الفنية او الادارية لتحقيق هذا الغرض، فتفسح المجال للقطاع الخاص الوطني أو الاجنبي لدخول هذه المجالات، والاستثمار بهذا المعنى تتعدد صورته ومجالاته بحيث تنبسط على مختلف مجالات الحياة، والعقود التي يتم الاستثمار متعددة ومختلفة ةلا تتخذ شكلا واحدا اسمه عقد الاستثمار، فعقد الاستثمار جنس يشتمل على انواع متعددة من العقود، قد يتخذ ادارة وتشغيل مرفق عام كميناء بحري او جوي او سكة حديد وقد يتخذ صورة عقد مساطحة مع الدولة والمؤسسات العامة الاخرى او مع الافراد والقطاع الخاص، ولهذا فان عبارة عقد الاستثمار ليس علما على عقد محدد ذي مضمون ثابت وخصائص محددة .

ويبحث المستثمرون عن الفرص المناسبة لتوظيف اموالهم في مشاريع مختلفة تدر لهم عائدا مناسباً بعد استرجاع رؤوس اموالهم، ومما يساهم في تحقيق هذه الغاية التسهيلات والاعفاءات التي تمنحها قوانين تشجيع الاستثمار، مما يجعل العائدات في المجال الاستثماري اكثر لإغراءاً من اي مجالات اخرى، اي ان توظيف المال في دول تشجع تشريعاتها على الاستثمار بما تمنحه من امتيازات وما تعرضه من اعفاءات يجعل الاستثمار اكثر جدوى من استثمارات اخرى لا تتمتع بمثل هذه الامتيازات.

عانى العراق من مشاكل اقتصادية في قطاع السكن ، فالمعروض من المساكن لا يلبي الطلب المتزايد على الوحدات السكنية على نحو يمكن القول معه انه يعاني ازمة سكن مزمنة، وليس في قدرة الدولة ان توفر هذه الحاجة ، فسعت الى تشجيع الاستثمار في هذا القطاع وصدر قانون الاستثمار لتحقيق هذه الغاية وهو القانون رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٧ وقد جاء في الاسباب الموجبة لهذا القانون انه " من أجل دفع عملية التنمية الاقتصادية والاجتماعية وجلب الخبرات التقنية والعملية وتنمية الموارد البشرية ويجاد فرص عمل للعراقيين بتشجيع الاستثمارات ودعم عملية تأسيس مشاريع الاستثمار في العراق وتوسيعها وتطويرها على مختلف الاصعدة الاقتصادية ومنح الامتيازات والاعفاءات لهذه المشاريع شرع هذا القانون".

ورغم العبارات العامة الواردة في الاسباب الموجبة للقانون التي تكرسها عبارة "دفع عملية التنمية الاقتصادية والاجتماعية...." ، فان الواقع العملي اظهر ان معظم هذه الاستثمارات وظفت في قطاع انشاء الوحدات السكنية وبدرجة اقل في مجال البيع بالتجزئة ، كما في المراكز التجارية التي بدأت تظهر في كل مكان.

لقد وقع بين يدينا حكم لمحكمة التمييز اثار مسائل عديدة تثير الدهشة والاستغراب فيما طرحه من مفاهيم وما تبناه من تكييف والنتيجة التي توصل اليها، فما توصل اليه الحكم التحكيمي يخالف العقل

والمنطق قبل القانون، والقانون الذي خالفه الحكم التحكيمي ليس من المسائل الدقيقة الشائكة التي يجتهد فيها القضاء ويتباين رأي الفقه بشأنها، بل هي مسائل لا خلاف فيها وتحكمها نصوص واضحة لا مساغ للاجتهاد في ثناياها

اولا: وقائع الدعوى

تتلخص وقائع الدعوى كما اوجزها الحكم التمييزي بأن المدعي بتاريخ ٢٠١٣/٧/٣١ وقع عقد مع المدعى عليه وزير الاسكان والاعمار/ اضافة لوظيفته عقد بيع شقق سكنية/ مجمع التاجيات السكني العمارة B٤٩ الطابق الارضي U٧ رقم الشقة ٧ مساحتها ٢١٥٠ م٢ ببدل مقداره اربعة وتسعون مليون ومائتان واربعة وتسعون دولار وبناء عليه (قامت) بتسديد الدفعة الاولى من بدل البيع المتفق عليه والبالغ اثنان وعشرون مليون واربعمئة وخمسة واربعون الف دينار بتاريخ ٢٠١٣/٧/٢ وكذلك تسديد الدفعة الثانية والباغة سبعة ملايين وتسعمائة وواحد وعشرون الف دينار ونظرا لعدم التزام المدعى عليه بالفقرة السابعة من العقد الموقع بين الطرفين والمشار الى تاريخه اعلاه والتي تنص (يقوم الطرف الاول بتسجيل الشقة باسم الطرف الثاني خلال فترة سنة اعتبارا من تاريخ الاستلام الاولي للمشروع....ولثبوت عدم التزام المدعى عليه بالعقد الموقع بين الطرفين ولاستحالة تنفيذ المدعى عليه للعقد الموقع معه وذلك لان العقد المبرم بين المدعى عليه للشركة المستثمرة وقد تم فسخه بموجب قرار محكمة الاستئناف بغداد/الرصاف/الهيئة الاستئنافية الثانية فقضت محكمة الموضوع بالزام المدعى عليه بتأديته للمدعي مبلغ مقداره ثلاثون مليون وثلاثمئة وستة وستون الف دينار.....وتحميله المصاريف...

وفي المرحلة الاستئنافية اصدرت محكمة الاستئناف حكما حوريا قضى بفسخ الحكم البدائي تعديلا والحكم بفسخ العقد المبرم بين الطرفين والزامه بتأديته للمستأنف مبلغ ثلاثون مليون وثلاثمئة وستة وستون الف دينار.

وبإيجاز اوضح فان وزارة الاعمار والاسكان تعاقبت مع شركة سكشن البريطانية لإنشاء شقق سكنية، وتعاقبت في نفس الوقت مع المواطنين لبيع الوحدات السكنية لهم، فتلكأت الوزارة في سداد مستحقات الشركة فطلبت الحكم بفسخ العقد بين الطرفين (بموجب حكم سابق)، وطلب احد مشتري هذه الوحدات من الوزارة فسخ عقده مع الوزارة لإخلالها بالتزامها بتسليم الشقة، فصدر الحكم التمييزي محل التعليق.

ثانيا: الحكم التمييزي

قضت محكمة التمييز/ الهيئة الاستئنافية/عقار في وقائع الدعوى المشار الى وقائعها اعلاه " نقض الحكم المميز" بناء على الاسباب الاتية نوجزها لتلافي الاطالة:

١- " ان الذي حصل ووقع^١ عدم التزام وزارة الاسكان والتعمير^٢ ببنود العقد الاصلي تجاه المتعاقد معها وهو شركة سكشن البريطانية ، قضت محكمة استئناف الرصافة بصفتها الاصلية فسخ العقد الاستثماري.....

^١ - اسلوب ركيز في الصياغة اقرب الى العمومية لا يصح ان يرد في قرارات المحاكم العادية فما بالك بالمحكمة العليا.
^٢ - الاسم الرسمي لوزارة الاعمار والاسكان والبلديات العامة.

٢- النقطة الواجبة الحل هي البحث عن مصير عقد بيع وشراء الشقة السكنية بين المدعي والمدعى عليه هو ايضا عقد من نوع خاص وبالنتيجة فهو عقد استثماري وذلك للتلازم والترابط المصيري بينه وبين العقد الاستثماري الاصلي لا سيما وان عقد بيع الشقة للمدعي قد تضمنت^٣ صراحة بشموله^٤ احكام قانون الاستثمار رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ المعدل وبهذا يعتبر فرصة استثمارية لطرفي^٥ وهذه^٦ الاسباب لا يعتبر العقد باطلا ولان الثابت ان العقد الاستثماري الذي ابرمته وزارة الاسكان والتعمير المتعلق بمشروع استثماري سكني قد تم فسخه بسبب سوء الوضع المالي للوزارة نتيجة الازمة المالية والاقتصادية التي عصفت بالبلد مطلع ٢٠١٤.... ولم يعد للعقد الاستثماري اي وجود ولا استمرار الازمة المالية بعد فسخ العقد الاصلي والمقترنة بعدم احالة المشروع مرة اخرى الى مستثمر جديد فتكون هذه الواقعة الحركية^٧ والمتتابعة تجسد قوة قاهرة طرأت اثناء نفاذ عقد البيع والشراء.... ولان عدم تنفيذ المتعاقد (البائع) للالتزام لسبب اجنبي يعطي الحق للمتعاقد الاخر المشتري بالمطالبة بإعادة المبالغ المسددة من قبله للطرف الاخر فقط ولا يجوز له المطالبة بالفسخ عقد البيع.^٨ لان المبيع قد هلك حكما ويعتبر العقد قد انفسخ حكما نتيجة السبب الاجنبي استنادا لصراحة نص المادة (١٧٩) من القانون المدني.....

ثالثا: التعليق

يثير القرار المذكور انفا بالحيثيات والاسباب التي استند اليها جملة من المفاهيم القانونية المتناقضة والمتعارضة مما لا تجد لها مجالا للتطبيق في الحكم القضائي محل التعليق وعلى النحو الاتي:

١- لغة الحكم واسلوبه ومصطلحاته: نسجل، اولا وقبل كل شيء، تواضع اسلوب الصياغة في بيان مضمون الحكم التمييزي على نحو ما اوردناه في هوامش الصفحة السابقة ، وينحدر في بعض المواضع الى مستوى اللغة العامية، واذا كانت محكمة التمييز تقوم على توحيد الاجتهاد القضائي في المسألة الواحدة وصياغة المبادئ القانونية، فان هذا التوحيد وتلك الصياغة يتعين ان يتم بلغة سليمة تماما، بل ينبغي ان تكون لغة سامية ترقى الى مستوى لغة قانوننا المدني التي تتسم بفخامة الاسلوب وجزالة اللفظ وبما يليق بلغة المحاكم العليا.

وفضلا عن الملاحظة السالفة نجد ان لغة القرار افتقرت الى الدقة في اكثر من موضع ، فالمميز (المدعي) هو وزارة الاعمار والاسكان والبلديات العامة وهذا هو الاسم الرسمي المعتمد قانونا، لكن نجد ان حيثيات الحكم تورد الاسم بشكل غير دقيق حيث تشير اليه وزارة الاسكان والتعمير، ولا يصح ان تعتمد تسميات غير رسمية لأطراف الدعوى أو الاشخاص الطبيعية أو المعنوية الاخرى الذين يشار اليهم في حيثيات الحكم. وفوق ذلك استعمل الحكم عبارة "الواقعة الحركية المتتابعة"، ولا نعلم المدلول القانوني لهذه العبارة ، فاذا كان لها مضمون قانوني، وجب ان يشار الى هذا المضمون حتى تكون العبارة علماً على فكرة او قاعدة او مبدأ قانوني لتلافي الاجتهادات المتضاربة التي يمكن

^٣ - تضمن وليس تضمنت لان الفعل يعود للعقد وهو مذكر وليس مؤنث.

^٤ - حرف الباء زائد ولا معنى له ، بل انه جعل الكلمة ركيكة اقرب الى العامية، والصحيح ان يقال شموله بأحكام.

^٥ - المفروض لطرفيه.

^٦ - ولهذه الاسباب وليس وهذه الاسباب.

^٧ - لم نفهم المقصود بمصطلح الواقعة الحركية.

^٨ - المطالبة بفسخ عقد البيع وليس المطالبة بفسخ عقد البيع.

ان تثور حولها، لا ان تطلق عبارة جديدة في ساحة العمل القضائي قد يتناولها الفقه بالدرس والتحليل ، فلا يجد ما يسعفه في بيان مدلولاتها.

٢- **تعريف المستثمر.** وصف الحكم التمييزي الشركة البريطانية (سكشن) المتعاقدة مع وزارة الاسكان بـ (المستثمر) وهذا الوصف تعوزه الدقة كثيرا، فالاستثمار يقوم على فكرة مفادها ان يقوم شخص بتوظيف امواله في مشروع اقتصادي ذي طابع خدمي أو صناعي أو سكني أو زراعي وفي حالاتنا هذه مشروعا سكنيا ويحصل على العائد من حصيلة بيع وايجار الوحدات السكنية للأفراد والمؤسسات الاخرى، لكن الوقائع تشير أن وزارة الاعمار والاسكان تعاقدت مع الشركة البريطانية على ان تقوم الشركة ببناء الوحدات السكنية مقابل مبلغ من المال تدفعها الوزارة وتقوم الوزارة ببيع الوحدات للمواطنين بمقابل ثمن.

فالعقد المبرم بين الوزارة وشركة (سكشن) البريطانية لا علاقة له بالاستثمار من قريب أو بعيد ، بل هو عقد مقاوله بالمعنى الفني الدقيق لعقد المقاوله وهو "عقد به يتعهد أحد الطرفين ان يصنع شيئا أو يؤدي عملا لقاء اجر يتعهد به عقد الطرف الاخر"^٩. وهو ليس عقدا خاصا وبالنتيجة هو عقد استثماري، فلا خصوصية للعقد الذي ابرمته الوزارة مع الشركة البريطانية ولا هو عقد استثمار ، بل هو عقد مقاوله بكل بساطة. ولا يغير من هذا التكييف تضمين العقد صراحة شموله بأحكام قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل، فأحكام قانون الاستثمار لا تنطبق على عقد الوزارة مع الشركة، بل أحكام عقد المقاوله، ولسنا بحاجة الى الاشارة الى المبدأ القانوني المستقر في مختلف النظم القانونية ان القاضي لا يلتزم بتكييف الخصوم لعقودهم وانما يكيف العقد على وفق عناصره الاساسية التي تشكل جوهره ومحتواه.

ومن نافلة القول ان نشير انه، لا تلازم بين كون العقد من نوع خاص وبين كونه عقدا استثماريا، فقد يكون العقد من نوع خاص يستعصي على الخضوع على اي من القوالب التي رسمها القانون للعقود لكنه يبقى عقدا غير استثماري، فالعقد الاستثماري هو الذي يتضمن توظيف المستثمر لأمواله لا ان يأخذ هو مقابلا لما يقوم به من اعمال، كما هو الحال في العقد موضوع الدعوى ، وبعد ان يقوم بإنشاء المشروع من امواله يقوم بتسويق خدماته او سلعته للأفراد ويحصل على مقابل منهم، ولهذا جاء عنوان التعليق الاستثمار المقلوب.

٣- مفهوم القوة القاهرة.

تعد القوة القاهرة احد صور السبب الاجنبي الذي ينفي العلاقة السببية بين الفعل والنتيجة سواء في المسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية، وهي امر غير متوقع لا يمكن تلافيه يؤدي بالشخص الى الاخلال بتنفيذ التزامه، ولكي يعتبر الحادث الطارئ قوة القاهرة ينبغي أن يقوم على مجموعة شروط هي:

أ- أن يكون الحادث لا يمكن توقعه ولا تفاديه.

ب- عدم امكانية درء ما ينشأ عنه من ضرر.

ولا يكفي ان يتمسك الطرف الذي أخل بالتزامه العقدي بالقوة القاهرة ، بل لابد ان تكون نشأة هذه القوة القاهرة خارجة عن ارادة المدين، اي لا يكون من صنع المدين نفسه.

^٩ - المادة (٨٦٤) من القانون المدني.

وبتطبيق الشروط المتقدمة على الحالة المعروضة، نجد ان شروط القوة القاهرة منتفية في الحالة المعروضة .

فأولا وقبل كل شيء، نجد ان التزام الوزارة تجاه المقاول شركة سكشن البريطانية هو التزام بأداء مبلغ من النقود، ويقرر الفقه ان الالتزام النقدي لا يكون مستحيلا، اي انه ممكن الاداء دائما ووجود القوة القاهرة لا يجعل هذا الالتزام مستحيلا وانما يبقى ممكنا دائما. ولهذا فان فسخ العقد بين وزارة الاعمار والاسكان مع المقاول شركة سكشن ليس بسبب القوة القاهرة وانما لإخلال الوزارة بالتزاماتها بأداء المبالغ المستحقة عن عقد المقاولة على وفق ما يقتضيه صحيح القواعد العامة في القانون والتي تنظمها قواعد فسخ الالتزامات التعاقدية عند الإخلال بها.

ان فسخ عقد المقاولة بين الوزارة وشركة سكشن لا يعد من قبيل القوة القاهرة ، لان الحكم بالفسخ نشأ عن اخلال الوزارة بالتزاماتها تجاه المقاول وهو التزام غير مستحيل بل ممكن دائما، ولهذا فان اعتباره (اي الفسخ) قوة قاهرة ، غير صحيح لان منشأ هذه القوة القاهرة هو فعل المدين نفسه (اخلاله بالتزامه بدفع مقابل عقد المقاولة) ، مما يجعل شروط القوة بعيدة الانطباق على هذه الحالة.

اما ما اورده الحكم التمييزي من وجود تلازم مصيري بين عقد شراء الشقة بين المدعي وزارة الاعمار والاسكان وبين عقد المقاولة بين الوزارة وشركة سكشن بحيث ينصرف اثر القوة في العقد الاول على العقد الثاني، فانه محل نظر، ولا تسوغه قواعد القانون، فبطلان عقد المقاولة أو فسخه لأي سبب سواء كان هذا السبب هو القوة القاهرة أو فعل المدين نفسه لا اثر له على عقد شراء الشقة، لاختلاف طرفي الدعويين فعقد المقاولة طرفيه وزارة الاعمار والاسكان وشركة سكشن البريطانية ، فيما عقد شراء الشقة طرفاه المدعي في هذه الدعوى ووزارة الاعمار والاسكان، كما ان العقد الاول هو عقد مقاولة محله انشاء وحدات سكنية في حين ان الثاني محله بيع شقة سكنية فيد الانشاء. وحيث ان العقد لا يضار منه أحد غير طرفيه وفقا لمبدأ نسبية اثار العقد من حيث الأشخاص، فان المدعى في عقد شراء الشقة السكنية ليس طرفا في عقد المقاولة ، ولا يصح ان تنصرف اليه ما يترتب على عقد المقاولة من اثار سواء كانت هذه الاثار ضارة او نافعة ، وهو ما اصر الحكم التمييزي على مده الى المدعي ، فعكس بذلك الاثار الضارة في عقد من العقود، على شخص آخر ليس طرفا فيه في خرق واضح لمبدأ نسبية اثار العقد.

قد يبرر البعض هذا الموقف بفكرة اخرى ظهرت في الفقه الفرنسي ووجدت لها بعض التطبيقات في القضاء الفرنسي وهي فكرة المجموعة العقدية، بيد ان فكرة المجموعة العقدية تقوم على تظافر مجموعة عقود لتحقيق غرض واحد ، كما في عقد التأجير التمويلي الذي يقوم على عقد بيع فايجار ووكالة ثم عقد بيع ، وهو ما لا ينطبق على الحالة المعروضة ، فضلا عن ان القضاء في فرنسا قد هجر هذه الفكرة ولم يعد لها مجال في التطبيق.

وفوق ذلك ، فحتى لو سلمنا بوجود القوة القاهرة في عقد المقاولة وانعكاس ذلك على عقد شراء الشقة السكنية، فان من شروط القوة القاهرة ، ان تجعل الوفاء بالالتزام مستحيلا، لأنه اذا ظل الوفاء بالالتزام ممكنا رغم وقوع القوة القاهرة ، فلا يعتبر ذلك الحادث السبب الحقيقي لعدم الوفاء، كما لو جعلت القوة القاهرة الوفاء بالالتزام عسيرا او اكثر كلفة، ما

دامت لا تحول بين المدين والوفاء بالتزامه، ومن ثم لا يعد الحادث من قبيل القوة القاهرة ، وكل اثر يمكن ان يرتبه الحادث اذا جعل الالتزام اكثر كلفة وليس مستحيلا ان تعدل التزامات الطرفين الى الحد الذي تقتضيه قواعد العدل والانصاف وفقا لأحكام نظرية الظروف الطارئة. فلا بد لاعتبار الحادث قوة القاهرة ان ينتج عنه استحالة تنفيذ الالتزام بصورة مطلقة، فلا يكون بمقدور المدين التغلب على هذا الحادث بحال من الاحوال. لكن على اي معيار يعتبر يعد الوفاء بالالتزام مستحيلا؟ فهل يكون مستحيلا من قبل المدين الذي تعذر عليه ان يتصرف خلاف ما فعل ولو كان بإمكان غيره ان يتصرف؟ بمعنى اخر هل ان تقدير الاستحالة تكون بمعيار شخصي خاص بالمدين ام بمعيار موضوعي عام؟ لا شك ان القاضي يجتهد في تصور ما اذا كان هناك شخص متوسط غير المدين وفي نفس ظروفه الخارجية ان يتقى النتائج الضارة للقوة القاهرة ان يقوم بتنفيذ التزامه رغم وجودها، وفي ضوء ذلك يتحدد ما اذا كان بإمكان المدين تلافي اثار القوة القاهرة او لا ؟ فاذا كان بإمكان المدين تلافي اثار القوة القاهرة لم يكن بمقدوره التذرع بهذه القوة القاهرة لنفي الخطأ عن فعله بعدم تنفيذ الالتزام؟

واذا وضعنا المعيار الموضوعي المتقدم، نجد انه حتى بزعم وجود القوة القاهرة ، فان بإمكان وزارة الاعمار والاسكان التعاقد مع مقاول اخر لإكمال أعمال المقاوله بغية تنفيذ التزاماتها تجاه المشترين الذين باعت لهم الشقق السكنية واستلمت عددا من الاقساط من كل مشتر، **فاين ذهبت الاقساط التي استلمتها بما جعلها عاجزة عن تنفيذ التزاماتها تجاه المشترين؟** فضلا عن ذلك اذا كان عقد المقاوله قد تم فسخه قضائيا، كان بإمكانها تنفيذ هذه الالتزامات من قبلها مباشرة وهي وزارة متخصصة بأعمال الاعمار والاسكان ولديها شركات متخصصة في هذا المجال اذا لم ترغب بالتعاقد مع مقاول اخر لإكمال الاعمال كما اسلفنا.

٤- دعوى الفسخ ترفع في كل الاحوال.

ورد الحكم التمييزي فقرة غريبة غي حيثياته تقول " ولا يجوز له (اي المدعي) المطالبة بالفسخ^١ عقد البيع لان المبيع قد هلك حكما ويعتبر العقد قد انفسخ حكما نتيجة السبب الاجنبي وذلك استنادا لصراحة نص المادة (١٧٩) من القانون المدني.....". وقبل الاستطراد في التعليق على هذه الجزئية نورد نص المادة المشار اليها وهي تقضي في فقرتها الاولى بالاتي "١- اذا هلك المعقود عليه في المعاوضات وهو في يد صاحبه انفسخ العقد سواء كان هلاكه بفعله او بقوة القاهرة ووجب عليه رد العوض الذي قبضه لصاحبه".

وهذا النص يقرر فسخ العقد بقوة القانون عند هلاك المعقود عليه(في الاشياء القيمية اما الاشياء المثلية فلها نظائر ولا يستحيل الوفاء بها)، لكن هذا لا يعني عدم امكان رفع الدعوى من قبل الدائن، بل للدائن ان يرفع دعواه بالفسخ وعلى المدين ان يثبت هلاك المعقود عليه بفعل القوة القاهرة ، فاذا اثبت المدين القوة القاهرة وجب على المحكمة الحكم بالفسخ، لكن الحكم الصادر بالفسخ او الانفساخ هو حكم مقرر للفسخ لا منشأ له، ولا تملك المحكمة التي تنظر الدعوى اي سلطة تقديرية في اقرار الفسخ من عدمه، لكن قد يجادل

^١ - المقصود بفسخ عقد البيع وليس الفسخ عقد البيع.

الدائن في مدى توفر شروط القوة القاهرة، وقد لا يكون في مقدور المدين اثبات شروط وجود القوة القاهرة ، فلا تقضي المحكمة بانفساخ العقد بين الطرفين .

ورفع الدعوى من قبل الدائن فيه حماية له، فاذا تبين ان شروط القوة القاهرة غير منطبقة على الواقعة محل النزاع ، فانه لن يكون لها اثر على مصير العقد، ولهذا يكون المدين الذي لم يف بالتزامه في وضع المخل قانونا الامر الذي يبيح للدائن طلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى وهذا هو الفارق الاساسي بين الفسخ القضائي والانفساخ بسبب القوة القاهرة ، فالقوة القاهرة تنزع عن فعل المدين صفة الخطأ ، فتتحل الرابطة العقدية عند استحالة التنفيذ بسببها دون ان يكون للدائن المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي بحقه من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه، في حين يكون للدائن الحق في المطالبة بالتعويض عند طلب الفسخ القضائي بناء على اخلال المتعاقد الاخر في تنفيذ التزامه.

فدعوى انفساخ العقد تبقى ضرورة لا يحرم الدائن منها اذا كان ينزاع في وجود القوة القاهرة، وهي كما لاحظنا هي منازعة حقيقية، فلا تنطبق شروط القوة القاهرة على الواقعة محل النزاع، وذهاب محكمة التمييز الى ان العقد منفسخ حكما قد جانبه الصواب لعدم انطباق شروط الانفساخ بقوة القانون على موضوع الدعوى.

٥- هلاك محل العقد بفعل القوة القاهرة.

تقرر المحكمة الموقرة ان المبيع هلك حكما، وتقرير واقعة هلاك محل العقد بفعل القوة القاهرة لا يستجيب لأي معطيات مادية او قانونية ومن ثم فإن بناء الحكم على واقعة الهلاك غير دقيق.

فمن الناحية المادية، فان الانشاءات غير المكتملة التي قام بها المقاول (شركة سكشن) لا تزال قائمة وقد ترتبت له مستحقات عن الاعمال التي قام بها ، ولما كان رب العمل وزارة الاعمار والاسكان لم تدفع له مستحقاته بناء على جدول تقدم الاعمال، فقد طلب فسخ العقد بناء على هذا الاخلال، وقد استجاب القضاء لطلبه وقرر فسخ العقد، فلو لم يقم المقاول بالعمل لما استحق اي مقابل ولدفعت الوزارة بعدم تنفيذ التزامه وتحرمه، بالنتيجة من طلب فسخ العقد، مما يؤكد ان هناك امعلا موجودة وهي قائمة لم تهلك من الناحية المادية¹¹.

وحتى بفرض هلاك محل العقد ماديا، فان الهلاك يتحملة المقاول (شركة سكشن)، فالمقاول يتحمل هلاك البناء الى وقت تسليمه الى رب العامل، ولهذا فانه في الهلاك المادي لمحل عقد المقاوله قبل التسليم لا يؤدي الى فسخ العقد بقوة القانون.

اما فرضية الهلاك الحكمي لمحل العقد الذي افترضته المحكمة فرضا ، فهو غير صحيح ايضا، فالهلاك الحكمي يفترض انتقال ملكية محل العقد للغير انتقالا تزول معه الحقوق المترتبة عليه للاخرين، كما في استملاك محل العقد للمنفعة العامة ، فلاستملاك يؤدي الى انتقال العقار الى الدولة للمصلحة العامة وتزول مع هذا الانتقال الحقوق التي ترتبت للغير عليه. فهل في وقائع الدعوى ما يشير الى هلاك محل العقد للمنفعة العامة؟

الاجابة بالنفي تفرض نفسها، فلو كان محل العقد قد هلك حكما على الصورة التي عرضنا انفا لأدى ذلك الى انفساخ العقد لعدم وجود محل يرد عليه، لكن استنتاج هلاك محل العقد بسبب عدم قدرة رب العامل على اداء التزاماته النقدية وفسخ العقد تبعا لذلك لا يمكن بحال من الاحوال، ان يعد هلاكا حكما أو يكون له اثر على عقد شراء الشقة.

¹¹ - بالاضافة الى الحجة القانونية بوجود اعمال منجزة ولا تزال قائمة فاننا وبصفة شخصية نشاهد هياكل البنايات التي قامت بها شركة سكشن.

ان استنتاج فكرة الهلاك الحكمي على النحو المتقدم يعوزه التسبب الصحيح، وهو ما يخل بصحة الحكم المذكور لعدم صحة الاسباب التي استند اليها الحكم التمييزي ومن المقرر في قضاء محكمة النقض المصرية " أن المشرع لم يقصد بإيراد الاسباب أن يستكمل الحكم شكلا معيناً، بل ان تتضمن مدوناته ما يطمأن المطلع عليه ان المحكمة قد المت بالواقع المطروح عليها ومحصت ما قدم اليها من ادلة وما ابداه الخصوم من دفاع وحصلت من كل ذلك ما يؤدي اليه ثم انزلت حكم القانون ويحمل بذاته آيات صحته وينطق بعدالته..."، وذلك حتى يكون الحكم موضوع احترام وطمأنينة للخصوم"^{١٢}.

ومن كل ما تقدم، يلاحظ ان الاسباب التي اوردها محكمة التمييز في حيثيات حكمها انطوت على فهم غير دقيق لعقد الاستثمار، وعلى تكييف غير سليم للعلاقة بين رب العمل والمقاول، وانزال شروط القوة القاهرة في غير منزلتها الصحيحة، فضلا عن تبني فكرة هلاك محل العقد التي تؤدي الى انفساخ العقد وهو هلاك لا وجود له لا فعليا ولا قانونيا، ولهذا جاء الحكم التمييزي في فقرته الحكمية منقطعا عن الاسباب الفعلية او القانونية التي تؤدي اليه.

ان امعان النظر في وقائع الدعوى، يجعل وزارة الاسكان في موضع المخل في تنفيذ التزامها تجاه المدعي، لان عدم تنفيذ التزامها لا يرجع الى القوة القاهرة، بل الى اخلالها بما وجب عليها بالعقد، فضلا عن ان مرور الدولة بأزمة مالية لا يحلها من التزاماتها، فالوزارة تتلقى دفعات مالية من المشترين حسب جدول تقدم العمل، مما يثير التساؤل عن مصير الاموال التي استوفتها من المشترين واين ذهبت بها وهي التي يفترض ان تستخدم لاداء حقوق المقاول.

ان التصرف بالدفعات المقدمة من قبل المشترين وعدم سداد حقوق المقاول منها هو الخطأ الذي ينسب للوزارة وليس القوة القاهرة التي لا تنطبق شروطها على وقائع الدعوى.

وفي الختام، نقول لا ينبغي ان تقع محكمة التمييز في مثل هذه الاخطاء، فأحكامها هي التي تعين على فهم نصوص القانون فهما دقيقا، وهي التي تضع المعايير والضوابط ان تغاضي المشرع عنها او اهملها، بل هي التي تكفل مواكبة القانون للتطورات الاجتماعية والاقتصادية في المجتمع حتى لا تدوسه الاحداث بثقلها وتتركه وراءها، وكل ذلك يسوقه منطق سليم قوامه العدل والانصاف، فتحمي الضعيف وتضرب على يد القوي، فمحكمة التمييز في العراق لها تاريخ عريق لا ينبغي أن تقع في مثل هذه الاخطاء خصوصا وان احكامها تخضع للدراسة والتمحيص داخل العراق وخارجه.